

論文書概要書 「早稲田大学審査学位論文（博士）の要旨」

孤児著作物問題の研究
—既存規範の動態的な分析と
新規範の確立に向けての可能性—

2011 年 12 月 10 日

菱沼 剛

はじめに

いわゆる孤児著作物とは、著作権者の身元や所在の確認が困難あるいは不可能な著作物である。孤児著作物問題の解決は、世界的に喫緊の課題となっている。すでに 2006 年に米国著作権局は包括的な報告書を作成したところであり、今年 5 月に欧州理事会は孤児著作物指令（案）を提示した他、6 月・7 月にアイルランド共和国ダブリン市において開催された国際著作権法学会 (ALAI) コンファレンスにおいても、孤児著作物問題が大きなテーマとなった。孤児著作物問題が今日において重要な問題となっているのは、権利者の許諾を得ようにも、その身元や所在が不明である場合には、当該著作物の利用ができなくなってしまうことにある。インターネット時代においては、創作活動を業としない一般著作者によって創作され、あるいは利用可能にされた著作物の数が激増している。このため権利者の所在や身元が不明な孤児著作物の数が増える一方で、孤児著作物の利用への需要も増大している。近年では、著作物の利用促進を図ることは、重要な問題であるとの認識が強まっている。

そこで、米国や欧州のみならず、日本を含む各国や地域において孤児著作物問題への解決策が模索されるようになってきている。ただ、孤児著作物を生じる原因は一様ではないこと、そして従来の解釈方法で考察すれば既存の条約規範による制約があることもあり、いずれの解決策も万能ではない。この点、現行著作権制度は、著作者あるいは著作権者の保護を過度に図るものでありインターネット時代に即していないとの見解も支持を増している。そして、著作権制度のあり方を、各国法レベルで根本的に改めようという動きがある。そこでは国際規範との関係は、十分に分析されているとはいえない場合も多い。本書は、孤児著作物問題への解決策を、各国法の実態を踏まえつつ、国際規範との関係に着目して検討する。既存の条約規範の内容を条約法上の手法に基づき把握した上で、既存規範の範囲内でいかなる解決策があるか、あるいは既存規範の修正を図ることはできるか、また既存規範が存在しない場合には新規範を創設することはできるか、それぞれの解決策に応じて、相互の関係も含め検討する。

第 1 章 序論

本章では問題意識と全体の構成を示す。孤児著作物問題の現状と各国における検討の状況を踏まえ、無方式主義の各概念の動態的な分析による無方式主義の射程範囲を前著（2009 年、信山社）において検討した。無方式主義は、孤児著作物問題の背景の一つであるとともに、各国で提案されている解決策との抵触を生じ得る場合が多い。無方式主義の規範範囲については、一切の登録制度廃止を示唆するとする見方から、一部の権利救済制度にあたり登録を要件とすることを認める見方まで幅広いものの、他方において、条約解釈の一般原則に

基づいた理論的分析は手薄であった。また、無方式主義については、最近の世界貿易機関 (WTO) パネル報告書においても分析が回避されてしまった。そこで、孤児著作物問題の解決において、客観的および主観的解釈を踏まえ、目的論的解釈による無方式主義の動態的な分析が主な柱であることは、本書でも変わりはない。また前著においては、無方式主義の客観的・主観的解釈手法を踏まえて、目的論的解釈に焦点を当てたものの、条約法上の理論的考察が手薄であった。そこで本書では、条約解釈論の基礎的な考察を拡充する。

他方、既存の条約規範では対応できず、かつ国際社会において新しい国際規範の創設を望む機運が高まっている問題については、事前予測可能性のある規範を確立する必要がある。前著においては、既存規範変更や新規規範創設による解決策についての検討が不十分であった。そこで、孤児著作物問題の解決にあたり、既存規範の動態的な分析が必要なものと、既存規範の解釈を超えるかあるいは既存規範が存在しないため、解釈論の枠を超えた対応が必要なものについて、それぞれいかなる意義や限界を有するか考察する。具体的には、裁定制度を含む著作権の制限・例外、準拠法ルールによる可能性及び限界の分析を通じて、既存規範の枠を超えた国際規範も検討する。さらに、知的財産権法上の属地主義と国際私法上の準拠法との関係を踏まえた具体的な検討へ進め、登録による権利帰属の推定との関係を考察する。

孤児著作物問題の解決策は、各手段単独では万能ではない。孤児著作物の発生を事前に防止し、かつすでに生じてしまっている孤児著作物の利用を事後的に促進する万能の解決策は、未だ存在しないのが実態である。そこで、各解決策の長所及び短所を分析し、各解決策は相互に補完的な関係にあることを示す。最後に、各解決策に関わる論点について、日本法に及ぼす示唆についても触れる。

第2章 孤児著作物問題

本章では、孤児著作物問題について、その意義と現状、発生の背景と弊害を説明する。さらに、各国における対応策や検討の状況を鳥瞰する。具体的には、既存の解決方法を踏まえた上で、本問題について議論が進んでいる米国や欧州の状況のみならず、日本やカナダにおける裁定制度の状況についても検討する。既存の解決方法のみならず、各国において議論されている主な論点や提案されている各解決策について、孤児著作物問題の解決においてどのような意義を有するのか、また既存の国際規範との関係についての議論を概観する。

孤児著作物を生じる理由として、著作権制度においてベルヌ条約をはじめとする国際規範において無方式主義が採られ、権利帰属が登録されない著作物が多いことがある。無方式主義は登録制度を否定するのではないにもかかわらず、

無方式主義の射程範囲の検討は学説上も手薄であった。そこで、無方式主義を徹底して一切の登録制度を否定する見方から、無方式主義を緩和して方式制度への回帰を目指す見解もある。孤児著作物問題の解決にあたって、情報提供機能の拡充が提案されてきたが、しかし無方式主義との抵触に懸念があったため、十分な議論が行われていない状況にある。

また、著作権制度は著作権者による当該著作物の排他的な支配を内容とし、許諾を与えるか否かは著作権者の自由に委ねられる。そして、著作権者の身元や所在が不明な場合には、許諾を得ることができないから、利用を望む者は利用を断念するしかないというのが、現行法の建前である。このような枠組みは、著作物の利用促進ひいては広く文化の発展にとって阻害になっているとの認識が強まっている。したがって、著作権の例外や制限を活用して孤児著作物問題の解決を図ろうとする流れがある。

本章は、孤児著作物問題に関する議論の現状と、重要であるにも関わらず十分な分析が未だされていない論点を示唆することにより、以下本書における問題意識および検討の基礎となる。無方式主義とスリー・ステップ・テストの射程範囲を検討する必要性が示される。さらに、孤児著作物問題と直接的に関連づけられて議論されていないものの、権利帰属に関する何らかの手掛かりがあるような著作物については、知的財産権に対する準拠法ルール of 明確化も権利帰属を明確にする。著作権者の身元を知る手掛かりが全くないようなケースのみならず、何らかの手掛かりがあるものの権利帰属を法的に評価することができない場合もまた、権利者の身元または所在を把握できないのであるから、そして利用が妨げられることに変わりはないのだから、やはり「孤児著作物」の定義に該当する。よって、準拠法ルール of 明確化も、孤児著作物問題解決策の一つである。

第3章 解決策としての無方式主義の動態的な分析（1）背景

無方式主義は条約上明文で定められた、また国際的にみて普遍的な規範である。新しい国際規範を検討する前に、既存規範である無方式主義の射程範囲を明確にしなければならない。しかし、無方式主義の理論的な分析は、目的論的解釈のみならず、客観的解釈や主観的解釈の見地からも、ほとんど検証がなされていない場合が多かった。このため、無方式主義の見直しを模索する議論の多くは、条約規範に関する国際法的見地からの理論的考察を欠いたきらいがある。国際規範の内容を十分に分析することなしに、各国がその目先の利益を追求して無理な解釈を独自に行うことになれば、国際的な知的財産権制度全体が弱体化し、知的財産の創作・流通が世界的に阻害される。したがって、国際規範の意味を解釈するにあたっては、国際法上の条約法に関する一般的な手法に

則って行う必要がある。しかし、既存規範の歴史が長いといわば権威化している場合においては、このような作業はあまり行われてこなかった。

本章では次章における検討の準備として、無方式主義の目的論的解釈を行う背景を説明する。まず、無方式主義の意義と趣旨を、現行条約のみならず各国法の立法経緯に沿って検証するとともに、今日改めて分析する現代的な意義に触れ、本章および次章における問題意識を示す。次に、ウィーン条約に基づく条約解釈の一般論を説明した上で、その手法に従い目的論的解釈の前にまずは客観的解釈および主観的解釈の見地から、国際法秩序における無方式主義の位置付けを検証する。そして、無方式主義上の各概念である「方式」および「権利の享有及び行使」概念に関して、ベルヌ条約のみならず、新条約による国際規範の変更、条約締結後の事情変更や国際慣習法の見地も踏まえ、各国法の現状にも及びながら、両概念の意義を検証する。

第4章 解決策としての無方式主義の動態的な分析（2）考察

条約制定当時における文言や当事者の意思のみならず、条約制定後の時代の変化を取り入れた動態的な分析を受け入れる理論的・制度的な枠組みが条約法にはある。「動態的」な分析とは、法的な安定性を守りつつも、目的論的解釈によって時代の変化を条約解釈の中に取り込んでいく方法を指す。国際規範は死文化すれば、実効性を失う運命にある。新規範の形成がますます困難になっている今日では、法的インフラである法的安定性を大切にしつつも、新しい時代の要請に応える必要もあり、動態的な把握はこのような要請を共に満たし得るものとして、重視していく必要がある。ウィーン条約制定時に動態的な分析手法に抵抗があったが、今日では目的論的解釈手法も一般的に受け入れられている。また、知的財産法が高度化するに伴い、国際法を含む他の法領域との境界にあたる論点・分野の検討が行われ難くなったのも一因であろうが、それでも克服していくことが可能であるし、しなければならない課題である。知的財産制度に関する国際的な枠組みを大切にしながら、現代的問題の解決を図るためには、各国が納得できるよう、条約解釈の一般論に即して歴史的経緯に遡った検証を踏まえつつ、許容される範囲内での動態的な考察が不可欠である。

本章では、無方式主義の目的論的解釈を可能にする理論的許容性及び必要性を検討するため、著作権制度の趣旨及び目的の分析に加え、インターネット時代における必要性をはじめ著作権を巡る現代的状況を概観する。なお、目的論的解釈について、「発展的」解釈手法とする用語法もあるにもかかわらず、本書では「動態的」とした理由も示す。さらに、目的論的解釈を行う上での具体的な考察を行う。すなわち、権利帰属の認定、公示および登録による法的効果という各段階について、各国法における現状と限界を踏まえて、動態的な分析に

よる可能性を検討する。動態的な分析による限界と今後の課題を示すとともに、過失要件との関係、立法上の手法や登録実務といった、関連制度や実務への示唆にも触れる。とりわけ、登録による権利帰属の推定の許容性と可能性を検討する。最後に、国際機関における検討、とりわけ国際的な登録への動きを踏まえ、無方式主義の動態的な分析への無意識的な需要が国際社会に存在することを示す。

第5章 既存規範の枠組みを超えた解決方法

本章では、著作権の制限・例外、そして準拠法ルールを分析する。いずれも、既存の国際規範を前提としたのでは、孤児著作物問題に対して十分に対応できない論点である。著作権の制限・例外については、孤児著作物問題への適用が既存のスリー・ステップ・テストの枠に収まらないおそれがある。また、知的財産権に対する準拠法ルールについては、各国法のレベルでも事前予測可能性が高くない上に、国際規範の形成は目下取り組みが進められている課題である。こうした既存規範の枠に収まらない、あるいは新しい規範が求められる解決策について、既存規範との関係を踏まえ、将来的な可能性の展望を示すことに努めたい。

まず、TRIPS 協定は各国法によるスリー・ステップ・テストによる枠内での著作権の例外や制限を認めているものの、各国法の体系によっては十分に活用されていないとの認識もある。このため、わが国のみならず各国においても、フェア・ユースの導入や活用、あるいは裁定制度の活用によって、孤児著作物の利用を図ろうとする議論がある。また各国における検討をみると、直接的な言及の有無はともかく、国際規範における著作権の制限・例外との抵触が論点となるものが多い。スリー・ステップ・テストの射程範囲については、WTO 紛争解決手続をはじめ、各国においても活発な検討がなされてきた。ただ、孤児著作物問題についてフェア・ユースを用いることや裁定制度は、スリー・ステップ・テストを充足しないおそれがある。このため、既存規範の修正も各国の検討において視野に入っている。とりわけ、スリー・ステップ・テストは国際規範として無方式主義に比べて新しいだけに、条約制定の経緯そして条約制定者の意思も調べるのが比較的容易であり、見直しの議論が起こりやすい。実際に特許権に関するものではあるが、TRIPS 協定で決着を見たはずの特許権への制限については、医薬品アクセスに関するドーハ宣言により、すでに TRIPS 協定への変更が加えられた。さらに、同宣言の趣旨の環境技術移転のための類似規範の創設といった、活発な議論が起こりつつある。著作権についても利用拡大への声が高まっているため、著作権の制限・例外の範囲に関する国際規範に対しても将来的な影響がある。そこで本章では、スリー・ステップ・テストを巡る検討

や各国法の状況を踏まえた上で、環境技術移転問題をはじめ制限・例外に関する問題の経緯および動向を鳥瞰し、孤児著作物問題の解決への展望を検討する。

次に、知的財産権に関する国際私法の現状を概観し、権利の帰属に関わる準拠法ルールのある方を検討する。未だ各モデル法の間で相違は大きいものの、知的財産権に関する準拠法ルールが創設され国際規範化されることになれば、著作者や権利変動について何らかの手掛かりがあるような著作物について、孤児著作物への一つの解決策となり得る。そこで、知的財産権に対する準拠法ルールについて、属地主義と普遍主義との対立という歴史的観点も踏まえつつ、最近の動向を考察した。連結点を権利自体の存否や効力、原始的帰属、権利の移転に分け、米国や日本の国内モデル原則のみならず、欧州域内や日韓共同での国際的なモデル原則を踏まえて、国際規範としての準拠法のあり方を検討する。さらに、知的財産権に関する準拠法ルールの確立が、権利帰属の明確化にとってどのような意義と限界を有するかを示し、今後の課題を展望する。すでに、知的財産権に対する準拠法をはじめとした国際私法ルールの検討が各国や国際機関、あるいは研究機関において検討されてきたところである。こうした動きを鳥瞰するとともに、孤児著作物問題の解決に向けた展望を示す。

第6章 日本法への示唆

本章では、各解決策を日本法において導入することができるか、できるとしてどのような課題があるか、そして孤児著作物問題の解決に有益であるか分析する。まず、無方式主義の動態的な分析によって、いかなる利用行為ができるようになるのか、また具体的にどのような立法となり得るのか検討する。米国法と同様、「一応の証明」を生じる推定規定を検討することになるだろうが、さらに登録以外の方法による司法上の推定や、日本判例がすでに司法上の推定を認めていることもあり、外国登録による実体法上の推定も視野に入る。また、登録をしないことにより、権利者不在との推定が生じるのではない。

次に、現行の裁定制度を拡充できるのか、日本のみならずカナダにおける現状も踏まえて考察する。行政庁の事務処理能力の限界があり、すべての著作物をカバーすることは現実的でないため運用面での改善が必要である、そして、スリー・ステップ・テストとの抵触関係を明らかにする必要があるといった課題が残っている。権利の制限・例外については、権利濫用といった一般法理、さらには米国流のフェア・ユース導入への議論が盛んである。ただ、孤児著作物について一般法理やフェア・ユースの活用には、事前の予測可能性の確保や、スリー・ステップ・テストとの整合性といった課題が残されている。また、知的財産権に関する準拠法について、「法の適用に関する通則法」の今後のあり方を、日韓共同原則といった最近のモデル原則も踏まえて展望する。さらに、孤

児童著作物問題の一因である、権利保護期間の長期化問題にも触れる。ただ、権利保護期間を日本だけが独自に短縮することは、實際上難しいであろう。

最後に、公示事項制限による登録制度活性化、対第三者対抗要件としての登録を含む権利移転面の登録、外国登録による権利推定や集中処理機関の新たな役割といった、登録制度の改善のあり方に関わる諸問題を検討する。そして、登録制度の今後の課題として、細分化された権利の公示システムの確立や、不実登録への対応、とりわけインターネットを活用した真権利者による監視システムの確立を展望する。

おわりに

孤児著作物問題の解決にあたっては、既存の国際規範との関係を分析する必要がある場合や、既存規範の枠内では足りず、新規規範を創設する必要がある場合もある。もっとも、既存の規範を活かしながら、条約解釈論上許容される限りにおいてそれを動的に把握し、問題解決を図ることが第一義である。なぜなら、国際規範の形成過程へ様々な参加者が積極的に関与するようになったため、既存規範の変更や新規規範の創設は、ますます難しくなったからである。知的財産権制度についても、その保護を巡る各国の利害対立が複雑化し、国際的な合意形成に至ることが容易でなくなっている。今日では、知的財産制度を巡る各国の利害対立は、各国の経済状況や産業特性の相違のみならず、新興国の台頭をはじめ複雑な構図があり、極めて先鋭化している。ドーハ宣言におけるような既存規範の変更は、各国の利害が対立する極めて困難な作業であり、たとえ可能であるとしても例外的な出来事であって、孤児著作物の解決においても同様のことを実現するのは必ずしも容易なことではない。また、知的財産権の準拠法に関する新規規範も、多国間での取り組みとなると動きが早いとはいえない。

ただ、既存規範が確固たる地位を占めているように見える場合であっても、時代の変化を取り込まなければ、将来的には国際規範としての存在意義を失うであろう。確かに、ベルヌ条約上の規定、条約法一般論、各国法の現状および今日の外交情勢からみて、無方式主義の改正あるいは変更の可能性は、今のところ極めて少ない。本書も、無方式主義の改正ないし変更を提唱するものではない。ただ、規範の射程範囲を法的に検証することなく、「無方式主義」という語感から受ける印象を神聖視・絶対視して、著作権保護に関する方式を過度に排斥する必要はない。権利の国際的保護が無方式主義の本来の制度趣旨であることに鑑みれば、「方式」がかえって国際的保護に資する場合、かつ利害関係者の利益にも合致するならば、客観的・主観的解釈によって明確にされ得なかった「方式」の範囲を、両解釈手法に矛盾しない形で目的論的解釈によって動態

的に分析することも許されよう。

そして、権利者による不実登録への監視が技術的見地から容易になる余地があること、また情報技術の登録実務への利用可能性が高まっているため、登録制度の充実には将来的な発展の余地が大きいように思われる。したがって、情報技術の発展を権利者および利用者双方の利益に沿うように役立てる素地を用意するため、無方式主義の現代的状況に沿った動態的な分析が不可欠である。既存規範を大切にしながら、条約解釈上許される限りにおいて動態的に分析し、将来的な規範の弱体化を防ぐような方向性を提唱したい。

この点、各国登録制度は、無方式主義に対する過度の萎縮反応もあって、権利公示のための機能が十分に働いていない。権利者に対して登録に伴うメリット、とりわけ国際的な効果を付与し、登録制度が活性化されれば、権利者および利用者双方にとって有用な状況があり得よう。これは、無方式主義の内容を変更するものではなく、国際社会において定着した無方式主義のあり方について、国際法に基づく法的解釈論の中で可能かつ win-win な途を探ろうとするものである。確かに、方式主義が検閲制度と結びついていた歴史的経緯、あるいは、一部の国における現状に鑑みれば、無方式主義の分析自体を回避したい心情も理解できる。また、無方式主義イコール一切の登録制度廃止という連想の根底には、自然権的思想があるのかも知れない。しかし、このような心情によって、国際社会に受け容れられる条約解釈的な検討が妨げられるものではない。

もっとも、権利公示制度を拡充するだけでは、孤児著作物問題の解決は困難である。また、権利者の身元や所在を知る手掛かりがあるような場合には、準拠法の明確化によって問題が解決できる場合もある。容易な道のりではないとはいえ、権利の制限・例外や準拠法ルールについての新たな国際規範が形成されれば、登録制度の活性化によっては克服できない場面において、孤児著作物問題の解決が可能なこともあり得る。このように、本書で検討した諸解決策はいずれも長所と短所があり、単独の方策だけでは、権利帰属が不明な著作物の利用を図りにくい。各解決策は、相互補完の関係に立つ。そして、法制度体系や行政庁の能力といった、各国の実情に合わせた必要性も念頭において、今後とも検討を進めていくことが望まれる。